

LE TRAITEMENT AUTOMATISE DES DONNES DE CARACTERE PERSONNEL
DANS L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE ESPAGNOL.

La Convention pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (signée en 1950 et ratifiée par l'Espagne en 1977), un des premiers accords adoptés par le Conseil de l'Europe, consacre dans son article 8 le droit des individus au respect de leur vie privée et familiale, de leur domicile et de leur correspondance. D'autre part, l'article 10 de cette même convention se réfère expressément à la liberté de recevoir ou de transmettre toute information ou idée, la Cour européenne des Droits de l'Homme ayant déclaré que "cette liberté de recevoir des informations" comprend la liberté de "recherche de l'information". Il est aisé de voir que ces deux préceptes sont complémentaires et doivent être interprétés de manière harmonieuse, car la jouissance de l'un de ces droits peut être limitée par celle de l'autre, situation qui s'apprécie de manière croissante dans l'augmentation constante de la recherche de données de toute sorte en vue de leur traitement informatique. Il est certain que les progrès techniques de l'automatisation dans le traitement et la gestion des données personnelles à des fins publiques ou privées, peuvent avoir de graves conséquences pour la sphère d'intimité des individus, en raison de la multiplication des voies d'accès et d'utilisation de ces mêmes données; les précautions traditionnelles d'inviolabilité du domicile ou de la correspondance - relevant habituellement du droit pénal - s'avèrent inefficaces pour sauvegarder cette sphère d'intimité.

Ce fut précisément une réflexion concernant ces problèmes nécessitant une réglementation rigoureuse qui conduisit le Conseil de l'Europe à adopter la Convention 108 "pour la protection des individus face au traitement automatique des données de caractère personnel". Cette Convention a instauré les principes de base de saisie licite et loyale des données, de définition de la finalité et de la qualité des données, de proportionnalité, de confidentialité de ce que l'on appelle "données sensibles", d'information due à la personne concernée, de droit d'accès et de rectification ou encore de libre circulation des données à caractère personnel entre les Etats signataires (conformément aux critères d'équivalence quant au degré de protection). En ce qui concerne le droit interne, les parties signataires s'engageaient à procéder aux réformes légales nécessaires à l'application de ces principes.

Cette même préoccupation à l'origine de la Convention 108 conduisit le Parlement espagnol à inclure dans la Constitution 1978, le précepte contenu à l'article 18.4 obligeant le législateur à limiter l'usage de l'informatique "afin de garantir l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens ainsi que l'exercice de leurs droits". Trois ans plus tard, le 28 janvier 1982, l'Espagne adhéra à la Convention 108 qu'elle ratifia le 27 janvier 1984. Cependant, la régulation légale de cette matière n'a pas été abordée de manière complète et systématique. On a seulement prévu un système de protection des données incomplet et insuffisant par le biais de la loi organique 1/1982 du 5 mai concernant la protection civile du droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à l'image personnelle, dont la première disposition transi-

.../...

toire énonce de manière clairement provisoire que "tant que ne sera pas promulguée la norme prévue à l'article 18, § 4, de la Constitution, la protection civile de l'honneur et de l'intimité personnelle et familiale face aux intromissions illégitimes issues de l'usage de l'informatique sera assurée par la présente loi".

En 1992 finalement, la loi organique 5/1992 du 29 octobre concernant le traitement automatisé des données de caractère personnel (la LORTAD) fut approuvée. Il ne fait aucun doute que l'adhésion de l'Etat espagnol à l'"Accord de Schengen" en vertu duquel l'Espagne promettait d'adopter, avant de ratifier l'Acte d'adhésion à cet accord, toutes les mesures légales nécessaires afin de compléter la législation espagnole et de la rendre conforme à la Convention 108 du Conseil de l'Europe, eut une grande influence sur l'élaboration de cette loi. Il est également certain que le but poursuivi par le législateur était d'assurer une protection complète des citoyens dans cette matière, conformément aux Accords internationaux que nous venons de mentionner. C'est ce qui ressort de l'Exposé des Motifs de la loi, lequel énonce comme principe directeur de l'adoption de cette dernière "le souci de dessiner une nouvelle frontière de l'intimité et de l'honneur qui remplacerait les limites antérieures de temps et d'espace, et qui assurerait une protection face à l'utilisation mécanisée, ordonnée et discriminée des données, une frontière en somme qui garantirait le fait qu'un élément objectivement utile à l'humanité ne se transforme pas en une source de préjudices pour les individus".

Si nous procédons à un examen succinct du contenu de la LORTAD, nous devons indiquer en premier lieu que la loi désigne comme sujets ou titulaires actifs dudit "droit à l'intimité informatique" les personnes physiques, espagnoles ou étrangères (article 1) . De la sorte, la loi espagnole adopte le même critère que celui qui opère dans d'autres pays, tels que l'Allemagne ou la France, en s'éloignant de la position d'autres Etats tel que le Danemark, plutôt favorables à l'extension de ce concept aux personnes morales.

En ce qui concerne les sujets passifs de ce droit, la LORTAD régit aussi bien les fichiers automatisés de données du secteur public que les fichiers du secteur privé (article 2.1).

Dans le domaine public, il est établi que tout responsable d'un fichier contenant des données de cet ordre (c'est-à-dire, toute personne physique, morale de droit public ou toute autorité administrative ayant un pouvoir de décision sur la finalité, le contenu et l'utilisation des données contenues dans le fichier, article 3.d) est tenu de respecter les principes suivants :

- Principe de qualité des données : ce principe figure à l'article 4 selon lequel les données de caractère personnel ne pourront être saisies en vue de leur traitement automatisé que dans la mesure où ces mêmes données seront adéquates, pertinentes et proportionnées à la finalité en vue de laquelle elles auront été saisies : tenant compte du fait que ces données ne pourront pas être utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été

.../...

saisies, elles devront être mises à jour et annulées ou substituées en cas d'inexactitude, et devront être supprimées dès qu'elles auront cessé d'être nécessaires.

- Principe d'information de la saisie de données : ce principe qui figure à l'article 5, a pour but de garantir à toute personne ayant fourni ses données personnelles, le droit à l'information expresse, précise et inéquivoque de l'existence, de la finalité et des destinataires de l'information contenue dans le fichier, de l'obligation ou non de répondre à toutes les questions qui lui seraient formulées, et le droit d'être informée des conséquences que pourrait entraîner une attitude négative de sa part ainsi que de la possibilité d'exercer les droits d'accès, de rectification et d'annulation.
- Principe de consentement de l'intéressé : ce principe qui figure à l'article 6 requiert le consentement de l'intéressé au traitement automatisé des données personnelles, bien que dans certains cas, ce consentement n'est pas obligatoire, comme par exemple, s'agissant de l'exercice par les Administrations publiques des fonctions qui leur sont propres dans le cadre de leurs compétences, dans les cas de données personnelles obtenues par des voies accessibles au public.
- Principe de protection spéciale des "données sensibles". Il s'agit là des informations portant sur certains aspects telles que, l'idéologie, la religion, les croyances, l'origine raciale ou la vie sexuelle. Les articles 8 et 9 instaurent un système de protection renforcée des fichiers contenant des données de cet ordre, et exigent

.../...

le consentement par écrit de l'intéressé au traitement informatisé des données portant sur l'idéologie, la religion et les croyances; le traitement automatisé de l'information relative à l'origine raciale, à la santé ou à la vie sexuelle ne sera permis que si la loi en dispose ainsi pour des raisons d'ordre public ou si l'intéressé y consent expressément; les fichiers créés dans le seul but de saisir ce genre de données sont purement et simplement interdits.

- Principe de sûreté des données : ce principe figure à l'article 9 dans le but de garantir l'adoption des mesures propres à éviter l'altération, la perte ou le traitement des données ainsi que l'accès non autorisé à celles-ci.
- Principe de secret professionnel : en fonction de ce principe, toute personne intervenant dans quelque phase que ce soit du traitement des données de caractère personnel sont tenues de garder le secret sur celles-ci (article 10).

Ne cachons pas que la loi elle-même pose des limites et des exceptions aux principes que nous venons de citer, allant même jusqu'à poser parfois des problèmes d'interprétation, de telle sorte qu'un auteur en est arrivé à soulever l'inconstitutionnalité ou du moins l'inadéquation de cette loi par rapport aux Accords internationaux souscrits par l'Espagne.

Ainsi, l'article 11.1 énonce que "les données de caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé ne pourront être cédées pour la finalité en rapport

direct avec les fonctions légitimes du cédant et du cessionnaire que sur consentement préalable de l'intéressé". Cependant, le paragraphe 2 de ce même article prévoit une exception consistant en ce que ce consentement ne sera pas exigé "dans le cas où une autre loi en disposerait autrement". C'est précisément ce dernier paragraphe qui a poussé un secteur de la doctrine à soulever le problème de l'inconstitutionnalité de cette loi dans la mesure où le droit à l'intimité informatique est brutalement "vidé" de son sens. A titre d'exemple, on peut mentionner la possibilité de céder, dans le consentement de l'intéressé, des "données sensibles" obtenues en application d'une loi adoptée "pour des raisons d'intérêt général" (articles 7.3 et 8), et ce en vertu d'une nouvelle loi (loi ordinaire) qui ne serait même pas fondée sur des raisons d'intérêt général.

A également fait l'objet de critiques, le contenu de l'article 22.1 qui exclut l'application des alinéas 1 et 2 de l'article 5 (portant sur le droit d'être informé de la saisie des données) "dans les cas où l'information de l'intéressé rend impossible ou difficile l'exercice des fonctions de contrôle et de vérification des Administrations publiques, ou lorsque sont en jeu des intérêts relevant de la Défense nationale, de la Sécurité publique ou de la répression d'infractions pénales ou administratives", selon l'opinion de certain auteur, cette allusion aux "infractions administratives", non prévue par la Convention 108, enfreint cette dernière dans la mesure où celle-ci permet aux Etats d'assurer une protection plus large du droit à l'intimité informatique mais ne leur permet pas de réduire le niveau de protection assuré par la Convention.

De même, les droits d'accès, de rectification et d'annulation (visés aux articles 14 et 15) sont exclus lorsque "en fonction des intérêts en présence il s'avère que les droits reconnus à l'intéressé devront céder le pas aux raisons d'intérêt public ou aux droits de tiers plus dignes de protection (article 22.2). Il est certain que, dans ce cas, des garanties sont prévues, telle que l'obligation de motiver la résolution administrative rejetant l'exercice de ces droits; mais le problème réside dans l'imprécision d'expressions telles que "raisons d'intérêt public" ou "intérêts de tiers plus dignes de protection", qui placent les citoyens dans une situation de grande insécurité.

Enfin, a aussi été critiquée l'exception prévue à l'article 21.2 selon laquelle "les responsables des fichiers publics des Finances publiques pourront également refuser l'exercice des droits mentionnés à l'alinéa précédent (accès, rectification ou annulation) toutes les fois que cet exercice constituera un obstacle aux activités administratives visant à assurer le respect des obligations fiscales et, en tout état de cause, chaque fois que l'intéressé fera l'objet d'une inspection". La critique de cet article se centre sur le fait qu'il accorde aux autorités administratives la faculté de décider du contenu essentiel d'un droit fondamental, les confortant ainsi dans une position de suprématie absolue qui laisse les particuliers sans aucune protection.

Ainsi que nous venons de le dire, la LORTAD est également applicable aux relations entre particuliers, c'est-à-dire, aux fichiers automatisés de données particulières, qui relèvent du secteur privé, avec une exception

importante visée à l'article 2.2.e), lequel énonce que le régime de protection des données à caractère personnel établi par la loi ne sera pas applicable "aux fichiers des partis politiques, des syndicats et églises, confessions et communautés religieuses en ce qui concerne les données relatives à leurs associés ou membres et ex membres", sans qu'il s'agisse pour autant d'une exception totale, étant donné que la cession des données est soumise à la LORTAD, et qu'en ce qui concerne les "données sensibles", l'article 7 est applicable. Pour ce qui est des relations entre particuliers et dans les cas où ne sont pas applicables les nombreuses exceptions prévues par la LORTAD en cas d'intervention de l'administration, les principes que nous avons mentionnés précédemment sont applicables, et l'on peut même affirmer que le degré de garanties est supérieur à celui qui préside aux relations entre particuliers et pouvoirs publics.

La LORTAD a essayé de former un système de garanties destiné à permettre aux principes de protection des données d'avoir un véritable caractère effectif. Le principal instrument à ce sujet est l'"Agence de protection des données" créé par l'article 34, entité de droit public dotée de la personnalité juridique, jouissant de la capacité publique et privée, "qui, dans l'exercice de ses fonctions, intervient en toute indépendance par rapport aux Administrations publiques".

A la tête de cette Agence figure un directeur (article 35), assisté d'un Conseil consultatif (article 37). Ce directeur, choisi parmi les membres du Conseil Consultatif, étant nommé pour quatre ans par décret royal et

.../...

exerçant ses fonctions en "toute indépendance et objectivité" ce qui, selon les termes de l'article 35, n° 2, signifie qu'il n'est soumis à aucune instruction dans le cadre de ses fonctions. Cependant, il est expressément prévu qu'il pourra être démis "sur accord du Gouvernement, après ouverture d'un dossier, et après déclaration des autres membres du Conseil consultatif, pour violation grave de ses obligations, incapacité pour exercer ses fonctions, incompatibilité ou condamnation pour délit assorti de dol". Parmi ces causes de destitution, celle qui peut présenter les plus gros problèmes est celle qui a trait à la violation des obligations. Il est évident que, s'agissant d'un organe dont on veut à tout prix sauver, garder l'indépendance et l'objectivité, nous ne nous trouvons pas face à un cas de révocation discrétionnaire comme c'est généralement le cas avec les postes "librement désignés", bien au contraire, car cette révocation décidée pour un motif bien précis pourrait être contrôlée et révisée par les Tribunaux de la juridiction du contentieux administratif.

La fonction essentielle de l'Agence (article 36) est de veiller au respect de la législation sur la protection des données, de faire droit aux réclamations présentées par les personnes affectées et d'exercer le pouvoir de sanction dans les termes prévus par la LORTAD.

Le système de garanties est renforcé de manière significative par la mise en place de sanctions administratives, voire même pénales en cas d'infraction aux dispositions de la LORTAD. Cette loi prévoit même dans son Titre VII (articles 42 et suivants) un régime complet de sanctions d'ordre administratif, en distinguant entre

.../...

infractions légères (article 43.2), graves (article 43.3) et très graves (article 43.4), en fonction de la gravité des comportements observés, ce qui revient à instaurer un système de sanctions qui dépendent de la faute commise, et qui oscille entre une amende de 100.000 de pesetas pour les infractions légères et une amende de 1.000.000 de pesetas pour les fautes très graves (article 44), la sanction s'échelonnant "selon la nature des droits personnels touchés, le volume des traitements effectués, les bénéfices obtenus, le degré d'intentionnalité et la récidive".

Quant aux infractions d'ordre pénal, l'ordonnance-juridique espagnol était clairement insuffisant et ne donnait aucune satisfaction, ce jusqu'à la promulgation du nouveau Code pénal par la loi organique 10/95 du 23 novembre, dont le Titre X portant sur les délits contre l'intimité, le droit à l'image et l'inviolabilité du domicile, qualifie de délit la conduite de quiconque "s'approprie, utilise ou modifie sans y être autorisé et au préjudice de tiers, des données réservées de caractère personnel ou familial appartenant à autrui et qui ont été enregistrées sur des fichiers ou autres supports informatiques, électroniques ou télématiques, ou qui figurent dans d'autres sortes d'archives ou registres publics ou privés. Les mêmes peines seront infligées à quiconque aura accès aux données, les altérera ou les utilisera au préjudice de leur titulaire ou de tiers, de quelque manière que ce soit et sans y être autorisé"; la cession de ces données sera également sanctionnée (article 197.3), en outre pour les cas où ces actes seraient commis par les personnes chargées ou responsables des fichiers (article 197.4) ou bien si les faits décrits concernent des "données sensibles" (article 197.5) ou sont

.../...

commis à des fins lucratives (article 197.6) ou par des autorités ou des fonctionnaires publics (article 198); une typification pénale de chacune de ces conduites a été établie.

Dernièrement, le système de garanties décrit a été complété par de nombreuses dispositions d'ordre réglementaire. Ainsi, en application du titre VI de la LORTAD, le statut de l'Agence de protection des données a été approuvé, par décret royal 428/1993, du 26 mars 1993. Nous pouvons également mentionner l'ordre du Ministère de la Justice et de l'Intérieur du 2 février 1995, approuvant la première liste de pays dotés d'une protection des données comparable à la protection espagnole en vue d'échange international des données. D'autre part, l'Agence a édicté plusieurs ordonnances (telle que celle du 4 mai 1995 instaurant les mesures de garantie de l'intimité des données personnelles reçues à la suite de la signature d'un contrat d'assurance vie joint à un contrat de prêt hypothécaire ou de prêt personnel; l'ordonnance du 1er mars 1996 sur les fichiers créés afin de contrôler l'accès à certains immeubles; de la même date, l'ordonnance sur les fichiers automatisés créés afin de contrôler l'accès aux salles de casino, bingo, etc.). Depuis lors, d'autres ordonnances ministérielles créant différents fichiers automatisés de données ont été publiées.

L'ordonnancement juridique espagnol offre ainsi un système de protection du traitement automatisé des données personnelles qui, malgré toutes les imperfections qu'il contient (dont certaines ont été soulignées ici), répond à un grand besoin de protection, conformément aux accords internationaux souscrits en la matière. Il n'est pas

étonnant que, dans le cadre de l'Union européenne, l'adoption de la Directive 95/46 du 25 octobre 1995 a eu très peu d'incidence dans notre droit car son contenu avait déjà été incorporé au droit espagnol par le biais de la norme que nous avons indiquée précédemment. D'où l'inutilité d'une norme de transposition du contenu de cette directive.

En effet, l'objet de la directive 95/46 est précisément d'assurer la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques et, en particulier, du droit à l'intimité en ce qui concerne le traitement des données personnelles. On peut affirmer que la norme espagnole, bien qu'antérieure à la directive mentionnée, contient une régulation semblable et n'entre pas en contradiction avec elle. En ce sens, il est possible de faire un parallélisme entre la directive et la LORTAD car les articles de l'une et de l'autre se correspondent ainsi que le montre le tableau comparatif suivant :

| | | |
|------------|---------------------------------|---------------------------|
| Article 1 | Objet | Article 1 de la loi |
| Article 2 | Définitions | Article 3 de la loi |
| Article 3 | Champs d'application | Article 2 de la loi |
| Article 6 | Qualité des données | Article 4 de la loi |
| Article 7 | Légitimation traitement | Article 6 de la loi |
| Article 8 | Catégories spéciales de données | Articles 7 et 8 de la loi |
| Article 10 | Données obtenues intéressé | Article 5 de la loi |

.../...

| | | |
|-----------------------|--------------------------------------|--|
| Article 11 | Données non obtenues intéressé | Article 11 de la loi |
| Article 12 | Droit d'accès | Article 14 de la loi |
| Article 13 | Exceptions et limitations | Articles 21 et 22 de la loi |
| Article 14 | Droit d'opposition | Article 15 de la loi |
| Article 15 | Décisions automatisées | Article 12 de la loi |
| Article 16 | Confidentialité | Article 10 de la loi |
| Article 17 | Sûreté de traitement | Article 9 de la loi |
| Article 18 | Notification autorité de contrôle | Articles 18 et 24 de la loi Articles 23 et suivants du décret royal 428/93 du 26 mars |
| Articles 19, 20 et 21 | Notification, contrôles et publicité | Article 38 de la loi et 23 et suivants du décret royal 428/93 |
| Article 22 | Recours | Article 17, alinéas 1er et 2, de la loi |
| Article 23 | Responsabilité | Article 17, alinéas 3, 4 et 5, de la loi |
| Article 24 | Sanctions | Articles 42 et suivants de la loi |
| Article 25 | Communication données pays tiers | Article 32 de la loi |

| | | |
|------------|----------------------|---|
| Article 26 | Exceptions | Article 33 de la loi |
| Article 27 | Codes de conduite | Article 32 de la loi |
| Article 28 | Autorité de contrôle | Articles 34 et suivants de la loi et article 3 du décret 428/93 |

Vu la date d'entrée en vigueur de la LORTAD (31 janvier 1993), le Tribunal Suprême n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur les controverses qui ont pu être soulevées. Cependant, la question posée par deux entreprises de presse informative concernant l'examen des registres de l'Etat civil a été résolue par le biais d'une résolution de la Direction Générale des Registres et des Notaires du 5 mars 1994. Cette résolution décide que les employés de journaux quotidiens ont le droit de consulter les registres de décès et de publier une note d'information à ce sujet, mais leur refuse le droit de consulter les registres de naissances car ces derniers contiennent des données dont la publicité est restreinte, de même qu'en ce qui concerne les registres de filiations inconnues, non matrimoniales ou adoptives, la consultation été remplacée par le droit d'obtenir une simple note d'information concernant les naissances inscrites chaque jour sur le registre.

Cette décision est en étroite relation avec les dispositions de l'article 9 de la directive sur la possibilité pour les Etats d'établir des exceptions au traitement des données à des fins journalistiques, dans la mesure où ces exceptions sont nécessaires pour concilier le droit à

.../...

l'intimité avec les normes concernant la liberté d'expression.

I. PROCESSUS DE TRANSPOSITION

A. Autorités habilitées pour transposer les directives

Le droit communautaire n'impose pas de procédé déterminé (législatif ou exécutif) et ne se prononce pas davantage sur les organes (Parlement ou Gouvernement) chargés d'assumer la tâche de compléter ou d'adopter les mesures d'application. (La seule exception serait celle qui est prévue à l'article 11 du Traité et qui énonce que les Etats membres prendront toutes les dispositions nécessaires pour que les Gouvernements soient à même de respecter, dans les délais prévus, leurs obligations en matière de droits de douane).

La jurisprudence communautaire a énoncé le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres, en ce sens que, lorsqu'en vertu d'une norme communautaire, les autorités nationales sont chargées d'adopter les mesures d'application, ces mesures internes devront être adoptées par les autorités nationales. C'est l'ordonnancement juridique de chaque Etat qui détermine la procédure devant conduire au résultat. La seule limite réside dans le respect des principes de primauté et d'application directe et uniforme du droit communautaire.

Depuis son adhésion, l'Espagne considère qu'elle est destinataire et qu'on lui a communiqué les directives,

.../...

les décisions et les recommandations prises par les institutions de la Communauté, antérieures à son adhésion. Conformément à l'article 93 de la Constitution, le Gouvernement, ou bien le Parlement selon le cas, devra adopter les mesures exécutoires exigées par les dispositions communautaires; dans la mesure où les Communautés autonomes seraient compétentes, selon leurs statuts respectifs, le Parlement ou le Gouvernement de chacune d'elles, devra, selon le cas, adopter la norme en question.

La répartition des tâches entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif est régie par la Constitution. Par conséquent, dans les matières réservées au domaine de la loi, le pouvoir législatif sera compétent, sans préjudice de la possibilité pour les deux Chambres législatives de déléguer au pouvoir Exécutif le pouvoir d'édicter des normes ayant force de loi (article 82 de la Constitution).

En ce sens, de même que dans d'autres Etats, dans le cadre des compétences de l'Etat, la loi 47/85 délègue au Gouvernement le pouvoir d'édicter des normes ayant force de loi en ce qui concerne les matières figurant en annexe de cette même loi et qui relèvent du pouvoir législatif, ainsi qu'en ce qui concerne les matières faisant l'objet des normes communautaires en vigueur au 6 novembre 1985 et qui relèvent du domaine de la loi. Par conséquent, les matières non comprises dans les annexes mentionnées n'exigent aucune loi les transposant, c'est à dire qu'elles peuvent être transposées par le pouvoir exécutif.

La loi 47/85 que nous avons déjà mentionnée, instaure une Commission mixte entre la Chambre des Députés et le Sénat, portant le nom de Commission mixte pour la Communauté Européenne, et qui est formée par un nombre de Députés et de Sénateurs qui sera fixé par les bureaux des deux Chambres réunis en session commune, afin de garantir à tout moment la présence de l'ensemble des groupes parlementaires. Dans le cadre de ses objectifs, il est établi que la Commission mixte connaîtra des décrets législatifs adoptés en application du droit communautaire dérivé; elle devra être informée par le Gouvernement des normes communautaires en projet susceptibles d'affecter des matières relevant du domaine de la loi en Espagne; elle sera informée par le Gouvernement des activités des institutions de la Communauté Européenne concernant l'application et la mise en pratique de l'adhésion de l'Espagne; elle devra être informée par le Gouvernement des lignes inspirant la politique de ce dernier au sein de la Communauté, ainsi que des décisions et des accords adoptés par le Conseil des ministres de la Communauté Européenne; elle pourra préparer des rapports concernant les propositions de règlements, de directives ou de décisions qui seront présentées par la Commission de la Communauté au Conseil des ministres; elle établira des relations de coopération avec les organes du Parlement Européen; elle aura des relations d'information réciproque et de collaboration avec les commissions des autres Parlements nationaux des Etats membres; elle pourra soumettre à l'avis des bureaux des différentes Chambres, des rapports ou des avis qu'elle estimera être d'un intérêt spécial, dans les matières relevant de sa compétence.

L'accord du Conseil des ministres du 27 juillet 1990 (Résolution du Sous-Secrétariat du ministre des Affaires étrangères du 10 septembre 1990), donne des instructions à certains organes de l'administration publique afin d'accélérer le processus d'adoption des normes de transposition des directives communautaires, tout en indiquant que les secrétariats techniques généraux des ministères devront commencer en priorité les travaux de transposition des directives de la Communauté européenne, après notification par la Commission, et accélérer la marche des projets de transposition en cours, élaborer et mettre à jour un programme des transpositions afin de respecter les délais fixés par les directives.

B. Le rôle des juridictions

Dans notre ordonnancement, la juridiction, c'est à dire, le contrôle exercé par les tribunaux, n'agit pas sur le processus même de transposition, mais a posteriori. Ce contrôle du juge national est limité par l'article 1er de la loi sur la juridiction du contentieux administratif, en ce sens que les normes internes adoptées en application d'une directive, sont d'un rang inférieur à celui de la loi.

C'est ce qui s'est produit par exemple, dans la transposition des directives 75/362/CEE, complétée par la directive 81/1057/CEE, au moyen du décret royal 1691/89 du 29 décembre portant sur la reconnaissance des diplômes, des certificats et autres titres de médecin généraliste et de médecin spécialiste des Etats membres de la CEE, ainsi que sur l'exercice effectif du droit d'établissement et de la

.../...

libre prestation de services. Dans son arrêt du 7 mars 1994, le Tribunal suprême s'est prononcé sur la forme réglementaire adoptée en indiquant qu'elle était conforme au droit étant donné que la finalité du décret royal n'était pas de réglementer la profession mais, de manière plus stricte, de transposer des directives communautaires portant sur les conditions propres aux diplômes, sur la liberté d'établissement et sur la libre prestation de services à l'intérieur de la Communauté, conformément aux articles 52 et 59 du Traité, de sorte que le décret royal touche l'exercice professionnel non en vue de le réglementer mais plus simplement comme une conséquence des libertés reconnues par le traité, appliquées par les directives et qui obligent l'Etat membre quant au résultat à atteindre.

C. Tendance

Dans le cas des directives sur le droit d'établissement et la libre prestation de services des médecins, la tendance a consisté en une transcription littérale. Il a même été souligné que cette ressemblance excessive entre la directive et le décret royal 1691/89 de transposition, a posé un problème en ce qui concerne l'annexe IV de ce dernier sur les conditions de formation des médecins spécialistes, en ce sens que l'hématologie est comprise aussi bien dans les formations spécialisées exigeant une durée minimum de quatre ans, que dans les formations d'une durée minimum de trois ans; cela est dû au fait que dans le texte original en français, la directive distinguait entre l'hématologie biologique (4 ans) et l'hématologie générale (3 ans).

Il a également été souligné que les annexes I et II dudit décret royal contiennent une liste des diplômes, certificats et autres titres de médecin généraliste et de médecin spécialiste, qui n'a pas fait l'objet d'une mise à jour.

2. LES EFFETS JURIDIQUES DE LA DIRECTIVE

A. Avant sa transposition, interprétation par la juridiction des normes de droit interne en fonction de la directive

Comme dans tout Etat membre, le juge est le personnage clé du respect du droit communautaire. Les particuliers peuvent faire valoir au juge ordinaire les droits que l'ordre communautaire leur reconnaît, et ce même juge peut se prononcer sur la reconnaissance de ce droit, sur la portée de la norme communautaire, sur la compatibilité de la norme nationale et de la norme communautaire, etc.

Le Tribunal suprême a eu l'occasion de se prononcer de manière générique, en ce sens que la conformité des actes de l'administration au contenu du Traité doit être garantie par les tribunaux de l'ordre administratif dans le cadre de l'exercice de la mission de contrôle qui leur est assignée par l'article 106.1 de la Constitution et par l'article 1.1 de la loi sur la juridiction administrative. En matière de Traité communautaire, l'article 93 de la Constitution qui confie au Parlement et au Gouvernement la tâche d'en garantir le respect ainsi que celui dû aux résolutions

.../...

émanant des organismes de la Communauté est applicable, sans préjudice du contrôle que les tribunaux exercent en application des normes constitutionnelles mentionnées en ce qui concerne l'exercice du pouvoir réglementaire (arrêt du Tribunal suprême du 14 octobre 1993).

L'arrêt cité antérieurement, du 7 mars 1994, fait sienne la doctrine de la Cour de justice de la Communauté européenne, en énonçant que toutes les fois qu'une directive aura été correctement appliquée, elle produira ses effets par le biais des mesures d'application qui seront adoptées par l'Etat membre, d'où l'obligation pour ledit Etat de la respecter. C'est seulement dans le cas où l'Etat ne respecterait pas cette obligation dans le délai établi ou bien encore en cas de transposition incorrecte que se posera la question de l'effet direct de la directive jusqu'à sa transposition, dans la mesure où le texte le préciserait et en vue de la défense des droits de l'intéressé.

B. Après la transposition. La directive comme norme d'interprétation ; vérification de la compatibilité entre directive et norme nationale

Dans l'arrêt du 7 mars 1994 déjà cité, le tribunal indique que l'allégation selon laquelle une réglementation distincte mais respectant les paramètres établis par les directives communautaires est contraire aux Traités en vertu de l'effet direct des directives, ce qui aujourd'hui rend superflue la transposition de celles-ci en droit interne, n'est pas acceptable : dans le but d'assurer une meilleure protection des droits des particuliers, l'arrêt fait état de

.../...

l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne concernant l'effet des directives et mentionne l'article 189 du Traité qui prévoit que les directives obligent l'Etat destinataire quant au résultat à atteindre tout en attribuant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens, et ce même arrêt reprend les critères que la Cour de justice a énoncé dans ses arrêts des 4 décembre 1974, 5 avril 1979, 19 janvier 1982 et 20 novembre 1988.

D'autre part, cet arrêt examine la compatibilité entre la norme et la directive applicable, et plus spécialement, la dispense d'inscription à un ordre professionnel pour la prestation de services; à cette fin, l'arrêt analyse l'article 16 de la Directive 75/362/CEE afin de préciser si le décret royal de transposition y est conforme.

L'arrêt du 9 mars 1995 pour sa part se fonde sur les directives applicables en cas litigieux, c'est à dire sur les directives 75/362 et 75/363 du 16 juin 1975, et s'attache à vérifier la compatibilité de celles-ci avec le droit espagnol, pour conclure que, dans cette matière (médecins spécialistes), les directives partent de réglementations différentes qu'elles respectent et imposent seulement des minima obligatoires que l'acte en litige respecte; de même, l'arrêt du 6 avril 1995 analyse le cas au regard des directives applicables par rapport au système espagnol concernant la formation de médecin spécialiste.

L'arrêt du Tribunal suprême du 30 octobre 1995 reprend la doctrine générale concernant les effets des directives, en signalant que, selon l'article 189 du Traité

de Rome invoqué par le demandeur du pourvoi, les directives imposent aux Etats des obligations de "résultat" tout en attribuant aux autorités nationales la compétence "quant à la forme et aux moyens" de procéder à leur application. En ce qui concerne les moyens prévus par le Traité pour parvenir à l'application de la politique communautaire, les directives s'adressent aux Etats dans le but d'harmoniser législations et pratiques nationales, et lorsque l'Etat respecte aussi bien les délais que le contenu, elles ne sont plus directement invocables dans l'ordre interne mais à travers la norme de transposition.

L'arrêt poursuit en estimant qu'en ce qui concerne le suivi de l'orientation communautaire par les autorités nationales, les tribunaux peuvent examiner la norme de transposition invoquée et, en cas de doute, poser à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle du Traité de Rome (article 177, b) ou bien, s'ils ne le jugent pas nécessaire, utiliser la directive comme source d'interprétation de la norme nationale afin de parvenir aux fins souhaitées et assurer la primauté du Droit communautaire dans les matières relevant du Traité, conformément à l'article 5 (articles 86 CECA et 192 CEEA). L'arrêt conclut qu'il n'y a pas eu de violation des directives invoquées et que celles-ci ont été correctement transposées.

L'arrêt du Tribunal suprême du 11 octobre 1995 vérifie également la compatibilité de la loi espagnole 19/1988 avec les articles 4, 5, 6 et 8 de la huitième directive, en indiquant que ladite loi procède à la régulation dans des termes qui ne contredisent pas les préceptes de la directive et ajoute que "l'analyse des articles 9 et

.../...

12 de la directive 84/253/CEE, ne doit pas s'effectuer exclusivement par rapport à la première disposition transitoire de la loi espagnole en question, mais qu'il convient d'entrer dans le sens et la portée de la directive afin de déterminer si la loi espagnole et ses dispositions transitoires respectent suffisamment l'énoncé de la huitième directive. Après avoir analysé lesdits préceptes communautaires, (il) en conclut qu'il n'y a aucune contradiction entre la huitième Directive et la loi espagnole 19/1988".

L'arrêt du 16 octobre 1995, énonce textuellement qu'"une Directive qui, ainsi que c'est le cas présent, a reçu une application correcte, produit des droits et des obligations à travers la norme d'application adoptée par l'Etat. Dans l'application de la loi, les tribunaux doivent interpréter celle-ci selon les termes mêmes de la Directive, à moins qu'ils n'estiment plus opportun de poser la question préjudicielle - article 177, b) du Traité CEE - dans le but de respecter l'accord adopté par le Conseil de la Communauté dans le cadre de ses compétences (article 5 du Traité de Rome)".

C. Absence de transposition

L'arrêt du 9 mars 1995 énonce que "la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne a établi que s'il est certain que les directives peuvent être directement applicables et produire un effet direct, comme s'il s'agissait de règlements (arrêt GRAD, du 6 octobre 1970) , ce sera seulement dans les cas où la directive se révélera, du point de vue du contenu, inconditionnelle et

.../...

suffisamment précise, et dans la mesure où l'Etat membre s'abstiendra d'adapter son Droit national dans le délai établi ou en cas d'adaptation incorrecte". Cet arrêt ajoute que dans le cas en question, "le délai d'adaptation des directives 75/362, du 16 juin 1975 (18 mois à compter de sa notification) et 75/363, du 16 juin 1975 (18 mois à compter de sa notification), s'était largement écoulé à la date à laquelle les demandeurs sollicitèrent leurs diplômes auprès de l'administration (étant donné qu'en vertu de l'article 392 de l'acte d'adhésion, ces délais doivent être calculés dès la date d'adhésion, c'est à dire à partir du 1er janvier 1986), de sorte qu'il n'y a aucun obstacle à l'effet direct de ces directives".

De la même manière, l'arrêt du 20 octobre 1995 déjà mentionné énonce que la Cour de justice de la Communauté européenne a spécifié la possibilité pour les intéressés d'invoquer directement les directives lorsque les Etats concernés ne les appliquent pas comme il se doit (arrêts SAGE 33/1970 du 17 décembre, SCHLUTER 9/1973 du 24 octobre, VANDUYEN 41/1974 du 4 décembre).

Le cas de norme préexistente, issue d'une nouvelle directive, est envisagé dans l'arrêt (déjà cité) du 7 mars 1994, qui ne fait état d'aucune contradiction entre le décret royal 1691/89, annexe 2 et les nouvelles spécialités figurant dans la nouvelle directive 89/594/CEE et qui souligne que, bien que le décret royal contesté soit daté du 29 décembre 1989 et que la directive soit datée du 30 octobre 1989 - publiée le 23 novembre 1989 au Journal officiel de la CEE - le processus d'élaboration du décret royal ne permettait pas d'inclure la modification; cependant, la

.../...

seconde disposition finale du décret royal contesté permet aux ministères de l'Education et des Sciences, de la Santé et de la Consommation d'édicter des normes précises en vue de mettre à jour la liste des diplômes visés dans les annexes toutes les fois que de nouvelles directives de la Communauté européenne introduisent des modifications à ce sujet.

D. Absence de transposition et responsabilité

I. La doctrine a souligné que le principe de responsabilité de l'Etat pour les dommages causés à des particuliers à cause d'une violation du Droit communautaire est inhérente au système mis en place par le Traité.

Le Droit communautaire peut créer en faveur des particuliers, des droits directement invocables auprès des tribunaux internes. Il existe une obligation à charge de l'Etat et un droit en faveur des particuliers et si cette obligation n'est pas respectée, la responsabilité de l'Etat est mise en jeu.

Dans son arrêt du 19 novembre 1991, la Cour de justice de la Communauté européenne a indiqué que la charge de réparation incombant à l'Etat membre est particulièrement nécessaire lorsque, pour produire leur plein effet, les normes communautaires dépendent de l'action de l'Etat, et que, par conséquent, les particuliers, si cette action vient à manquer, se retrouvent dans l'impossibilité d'invoquer auprès des organes juridictionnels nationaux les droits qui leurs sont reconnus par le droit communautaire. Ces mêmes

critères réapparaissent dans l'arrêt du 26 décembre 1993 concernant la non transposition d'une directive dans le droit interne, s'agissant d'une question préjudicielle posée par le Tribunal supérieur de justice de Catalogne, portant sur l'intégration du personnel de haute direction dans le système espagnol de garanties salariales prévus par la directive 80/897; cet arrêt énonce que l'Etat membre concerné, l'Espagne dans ce cas, est tenu de réparer les préjudices subis par le personnel de haute direction en raison du non respect de la directive 80/897 concernant le personnel en question.

De la sorte, la question posée se résoud en ce sens que l'effet direct n'est pas invocable, l'Etat n'étant pas tenu de payer de garantie salariale, car ce n'est pas une obligation lui incombant; en revanche il est obligé d'indemniser pour non respect de son obligation d'instaurer un système de garantie. La responsabilité de l'Etat protège les particuliers en cas d'inaction lorsque, par manque de précision de la directive, l'effet direct n'a pas lieu, c'est à dire la possibilité d'exiger de l'Etat le respect d'une obligation.

La Cour de justice communautaire exige trois conditions pour que la responsabilité de l'Etat puisse être mise en jeu. En premier lieu, le résultat visé par la directive doit impliquer la reconnaissance de droits en faveur des particuliers non pas de simples intérêts légitimes ou espérances de droit. Il s'agit du résultat de la directive, de telle sorte que le droit peut découler de la directive non seulement de manière immédiate mais également de forme médiate, c'est à dire que si la directive n'attri-

bue pas par elle-même de droit subjectif, la reconnaissance de celui-ci découle des normes nationales de transposition de la directive.

La seconde condition, étroitement liée à celle qui précède, consiste en ce que le contenu de ces droits puisse être identifié au regard des dispositions de la directive étant donné que si le contenu du droit n'est pas identifié, on pourra difficilement parler de véritable droit. La troisième condition exige, comme c'est le cas pour toute responsabilité, l'existence d'un lien de causalité entre le non respect de l'obligation incombant à l'Etat et le dommage subi par les personnes affectées.

La question de savoir s'il est ou non nécessaire que le non respect ait été reconnu par un arrêt de la Cour de justice de la Communauté européenne a suscité la controverse et, en ce sens, on peut penser que cela n'est pas nécessaire (ainsi, par exemple, l'arrêt du 19 novembre 1991 n'y fait pas référence alors que dans le cas litigieux, cette condition était bien remplie) En toute rigueur, il y a non respect du droit communautaire et mise en jeu de la responsabilité indépendamment du fait que cela ait ou non été sanctionné par la Cour de justice communautaire. Qui plus est, si une telle condition était exigée, la responsabilité de l'Etat serait soumise à l'exercice par l'Etat ou par la Commission de l'action correspondante (articles 169-171 du Traité CEE). Or, étant donné l'usage très peu fréquent que font les Etats des actions dont ils disposent et de la marge de manoeuvre de la Commission pour poser la question auprès de la Cour de justice de la Communauté

européenne, on ne peut conditionner la responsabilité de l'Etat à un arrêt préalable de la Cour.

Cependant, un autre secteur de la doctrine estime que les tribunaux nationaux ne peuvent se prononcer sur l'infraction au droit communautaire si ce n'est par la voie de la question préjudicielle (article 177 du Traité CEE), de sorte que, soit par le biais d'un procès préalable, soit à travers une question préjudicielle, la Cour communautaire devra se prononcer avant tout.

Signalons pour conclure que, même si le tribunal national tenu d'appliquer la norme communautaire doit soulever une question préjudicielle auprès de la Cour communautaire avant d'édicter sa sentence, il existe deux situations dans lesquelles ce tribunal n'est pas obligé de le faire : en cas d'"acte clair", c'est à dire lorsque le problème d'interprétation est parfaitement clair et s'il s'agit d'un tribunal dont les décisions sont susceptibles de recours ordinaires en droit interne (article 177 du Traité CEE et arrêt de la CJCEE des 17 mars 1963 et 6 octobre 1982).

En définitive, le cas normal sera celui dans lequel il existera un arrêt préalable de la Cour communautaire admettant le non respect de la part de l'Etat, que ce soit directement au cours d'un procès contre l'Etat ou par voie de question préjudicielle.

II. Dans le droit espagnol, il n'existe aucune norme spécifique relative à la responsabilité de l'Etat directement issue du droit communautaire. Par conséquent, sont applicables les normes générales de responsabilité patrimoniale des organismes publics en cas de lésion aux biens et aux droits des particuliers due au fonctionnement normal ou anormal des services publics, sous réserve des cas de force majeure. Le dommage doit être réel, évaluable en termes économiques et individualisé en ce qui concerne la personne ou le groupe de personnes touchées.

Cependant, l'application des normes générales doit revêtir une certaine spécificité en raison du caractère spécial des circonstances.

Les cas d'indemnisation des particuliers en raison des dommages subis suite au fonctionnement des services publics sont prévus aux articles 139 et suivants de la loi du 26 novembre 1992 sur le régime juridique des administrations publiques et sur la procédure administrative de droit commun, ainsi que par le décret royal 429/1993 du 26 mars 1993 portant application de cette loi et réglementant la procédure en matière de responsabilité patrimoniale des administrations publiques.

L'ordre juridictionnel compétent est l'ordre du contentieux administratif. Quant à l'autorité administrative qui doit connaître de la réclamation, la loi énonce que les réclamations relatives à la responsabilité patrimoniale seront examinées par le ministre correspondant, le Conseil des ministres si une loi en dispose ainsi, les organes des Communautés autonomes ou de l'administration locale corres-

pondants ou encore les organes institutionnels si cela est expressément prévu par les normes de constitution de ces derniers. En cas de non transposition d'une directive et s'il n'existe aucun ministre titulaire du département ministériel ayant causé un dommage, l'application de la loi concernant l'autorité administrative chargée d'examiner la réclamation peut être rendue difficile; à ce sujet, l'article 93 de la Constitution indique que le Parlement ou le Gouvernement, selon le cas, doit assurer le respect dû aux traités et aux résolutions émanant des organismes internationaux ou supranationaux, ce qui nous conduit à penser que la réclamation devrait être adressée au Gouvernement; dans ce cas, le Tribunal suprême sera compétent (article 58.1 LOPJ), sous réserve des compétences des Communautés autonomes et des responsabilités qui en découlent dans le cas où l'application de la norme communautaire entrerait dans leur champs de compétences.
